

O DIREITO DE EMPRESA E O MERCOSUL

FÁBIO ULHOA COELHO

Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

1. INTRODUÇÃO: A INTEGRAÇÃO ECONÔMICA REGIONAL

A globalização da economia que se desenvolve nesse final de século, ao mesmo tempo que possibilita, também força a integração regional. O Brasil e alguns países territorialmente próximos, estão envolvidos no processo de integração econômica que se denominou “Mercado Comum do Cone Sul - MERCOSUL”.

O processo integrativo, *em termos gerais*, tem se desenvolvido por etapas progressivas, conceitualmente distintas. Em primeiro lugar, busca-se a organização da denominada *Zona de Livre Comércio*, estágio em que, por exemplo, os países do MERCOSUL ingressaram em 31 de dezembro de 1994¹, e que representa, por outro lado, o objetivo final dos integrantes do NAFTA (*North American Free Trade Association*). Nessa etapa do processo integrativo, os estados participantes da Zona assumem reciprocamente o compromisso de eliminarem as barreiras tarifárias existentes nas suas fronteiras, para as

¹ Para uma visão exata do processo, seus limites, hesitações e exceções, consultar o excelente trabalho de Ana Cristina Paulo Pereira, *MERCOSUL - o novo quadro jurídico das relações comerciais na América Latina*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997.



mercadorias produzidas nos demais países participantes. Isto é, as mercadorias produzidas em cada um dos países envolvidos no processo de integração têm livre circulação nos demais. As barreiras tarifárias permanecem apenas em relação aos produtos *importados* por empresas sediadas em qualquer um dos países participantes, para a comercialização nos outros.

Uma definição econômica e jurídica indispensável para o bom desenvolvimento da Zona de Livre Comércio, enquanto etapa do processo integrativo, é a relacionada à *nacionalidade* dos produtos que transitam pelas fronteiras dos países participantes. Isto é, deve-se negociar os critérios segundo os quais se pode considerar, p. ex.: brasileiro, um produto fabricado no Brasil, mas com utilização de componentes e tecnologia importados. É uma questão crucial - essa do controle de origem dos produtos - para definir se cabe ou não a tarifação sobre determinada mercadoria. O desenvolvimento do processo integrativo depende muito da discussão da nacionalidade das mercadorias, já que cada país participante mantém, em relação às importadas de países não-participantes, sua própria política aduaneira. Pode, assim, haver sérias distorções na competição entre empresários de dois diferentes países da Zona de Livre Comércio, se um deles, p. ex.: puder importar mercadorias fabricadas na Ásia para as comercializar, como se fossem nacionais, no mercado consumidor do outro país participante da zona, pagando impostos de importação menores dos que os pagos pelos empresários sediados nesse último.

Outra preocupação típica desse período do processo integrativo diz respeito à identificação e estudo das denominadas *barreiras não-tarifárias*, isto é, fatores econômicos, administrativos, burocráticos e até mesmo culturais, que interferem - ou podem vir a interferir, a partir do desenvolvimento do processo integrativo - com a circulação de mercadorias. A eliminação dessas barreiras far-se-á ao longo do processo de integração, mas a paulatina atenuação de seus efeitos deve ser desde logo deflagrada. Assim, p. ex.: é importante examinar as condições de *uniformização* dos procedimentos burocráticos, de cunho aduaneiro, exigidos nos

diferentes países integrandos, da disciplina *antidumping*, das regras de controle sanitário, etc.

A segunda etapa do processo integrativo se costuma chamar de *União Aduaneira*. Nessa etapa, os participantes mantêm a liberdade de circulação de mercadorias entre as suas fronteiras e uniformizam as tarifas de importação incidentes sobre as trazidas de países não-participantes. Na etapa correspondente à União Aduaneira, não tem a mesma importância a discussão sobre os critérios de nacionalidade dos produtos, o estabelecimento de regras de controle de origem. Nesse momento do processo integrativo, a prática de tarifa única torna irrelevante, sob o ponto de vista da tributação, o país pelo qual a mercadoria ingressa no mercado de consumo correspondente à União. Permanecem, entretanto, atuantes outros fatores econômicos e muitas barreiras não-tarifárias. Assim, a qualidade e o custo dos serviços de transporte, portuários ou aeroportuários de cada um dos países integrandos, p. ex., serão decisivos para o importador encontrar a melhor alternativa para introduzir a mercadoria no território da União. Se um porto tem preço dos serviços de desembarque e estadia superior ao do situado em outro país da União Aduaneira, o empresário preferirá importar suas mercadorias por este último, mesmo para comercializá-las no mercado correspondente ao país em que se situa aquele primeiro porto.

A terceira etapa tem sido identificada, normalmente, como a do *Mercado Comum*, última meta prevista pelo Tratado de Asunción. Nessa etapa, os países envolvidos com o processo de integração adotam compromissos internacionais que possibilitam o livre trânsito de mercadorias, capitais, bens, pessoas e serviços entre os respectivos territórios nacionais. Condição inafastável para se alcançar esse degrau de integração econômica é a unificação de determinados regramentos jurídicos, de modo a possibilitar iguais condições de competição entre os empresários de cada um dos países integrandos.

O desenvolvimento do processo integrativo em suas três etapas principais depende, fundamentalmente, da supressão das assim denominadas *barreiras não-tarifárias*. Algumas delas, como a dos custos dos serviços de transporte, portuários ou aeroportuários,

dependem, ou podem depender, pelo menos em parte, da iniciativa privada. Outras barreiras não-tarifárias devem ser eliminadas pela atuação conjunta dos estados participantes do processo integrativo. São elas: a) diferentes exigências burocráticas relacionadas à circulação de mercadorias e serviços, em especial as pertinentes aos documentos que os devem acompanhar; b) diferenças e duplicidade de procedimentos aduaneiros, de controle e fiscalização do trânsito de mercadorias; c) diferenças no estabelecimento e aplicação de regras de controle sanitário, de proteção fitossanitária e pecuária; d) variações e até mesmo conflitos nas normas técnicas, de segurança ou metrologia; e) divergências nos critérios de conversibilidade de moedas; f) políticas diferentes de incentivos fiscais ou subsídios econômicos².

Como se pode antever, durante todo o processo de integração, são entabuladas, entre os agentes governamentais e os próprios setores organizados da sociedade e da economia de cada um dos países envolvidos, inúmeras negociações. Integrar, pode-se dizer, é fundamentalmente negociar com parceiros. No que interessa diretamente ao estudo do direito de empresa, a negociação visa à harmonização de algumas normas nos países envolvidos pelo processo integrativo. O presente artigo tem o objetivo de examinar esse particular aspecto do desenvolvimento do MERCOSUL. Contudo, para a completa fundamentação da idéia central a ser desenvolvida - a de que a harmonização somente é exigida nos aspectos do direito que representam elemento de custo para as empresas - é necessário fixarem-se uns poucos pressupostos, relacionados à natureza do conhecimento jurídico e à internalização do direito.

2. O CONHECIMENTO TECNOLÓGICO DO DIREITO

No Século XX, enquanto a ciência realizava progressos fantásticos, alterando profundamente o cenário do planeta e o

² Luiz Olavo Baptista, *Impacto do MERCOSUL sobre o sistema legislativo brasileiro*. Em *MERCOSUL: das negociações à implantação*, São Paulo, LTR, 1994, p. 20.

cotidiano das pessoas, a filosofia constatava que o conhecimento científico não era ilimitado. Mais que isso, percebia que nem todos os níveis do saber têm o mesmo estatuto: o homem não pode dominar tudo, não pode tudo. No campo do conhecimento jurídico, após o fracasso das tentativas de criação de uma ciência do direito, como reveladora dos sentidos das normas jurídicas - em Kelsen, Ross, von Wright e noutros - abre-se, graças às contribuições como as de Perelman³ ou Ferraz Jr.⁴, uma nova perspectiva na discussão do tema, a partir da afirmação do caráter tecnológico desse conhecimento.

Em termos mais precisos, o direito pode ser objeto de dois níveis de conhecimentos diferentes. Dependendo dos objetivos pretendidos pelo estudioso, da questão fundamental que ele se propõe resolver, o seu conhecimento poderá ser científico ou tecnológico. Se procura compreender as razões pelas quais uma certa sociedade, em determinado momento histórico, produziu as normas jurídicas que produziu e não outras, o estudioso do direito se verá diante de alternativas cuja pertinência será medida por critérios excludentes de veracidade. Ou seja, as respostas que sugerir para entender essa questão serão verdadeiras ou falsas. O estudioso deve, por isso, discutir o *método* pelo qual poderá afirmar uma hipótese, como verdadeira, e afastar as demais como falsas. Em todo o processo cognitivo científico, está presente a idéia de superação das afirmações inconciliáveis, a idéia de que dois enunciados conflitantes não podem ser igualmente pertinentes. Para responder à questão sobre a origem das normas, o estudioso desenvolve um conhecimento *científico* do direito. Esse é o tipo de conhecimento, p. ex.: que os estudiosos da matéria, Direito Romano, produzem quando observam método adequado.

Por outro lado, se a questão fundamental que o sujeito pretende esclarecer não está ligada à contextualização histórica da norma

³ Para uma visão geral da matéria, ver Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da Argumentação*, São Paulo, Martins Fontes, 1996.

⁴ Principalmente em *Função Social da Dogmática Jurídica*, São Paulo, RT, 1980.

jurídica, mas exclusivamente ao sentido ou sentidos que lhe podem ser atribuídos, então será outro o critério de aferição da pertinência das respostas experimentadas. Quer dizer, não será possível, nesse nível de conhecimento, buscar algo assim como a *verdadeira* interpretação dos comandos normativos. Afirmções conflitantes acerca do sentido de uma determinada norma jurídica não se excluem, pelo contrário, podem conviver numa harmonia própria. Isso não significa, ressalte-se, que inexistam critérios de aferição da pertinência das muitas respostas dadas à questão do significado da norma em estudo; apenas que tais critérios não são provenientes de um método científico, mas de esforços argumentativos de caráter retórico. Em termos mais simples, os enunciados doutrinários acerca do conteúdo de uma certa norma jurídica não são verdadeiros ou falsos, mas adequados ou inadequados à aplicação do preceito.

Ao se debruçar sobre uma norma jurídica para delimitar as decisões que podem ser adotadas a partir dela, o estudioso desenvolve um conhecimento tecnológico. Ou seja, ele conhece os meios mais ou menos adequados para se alcançar fins pré-estabelecidos. Se se considera que a finalidade do direito é a realização da justiça, a tecnologia jurídica fornece o conhecimento acerca dos significados mais ou menos *justos* que se podem atribuir às normas vigentes. Se se considera que é a administração dos conflitos sociais, com o menor nível de perturbação, será novamente o conhecimento tecnológico que poderá apontar quais interpretações das normas jurídicas estão aptas a realizarem tal escopo. Se se considera o direito um instrumento de dominação de classes, a exegese normativa fornecerá os meios de reafirmação dos interesses dominantes ou de insurreição contra a ordem estabelecida. Em suma, independente da razão de ser vislumbrada no direito, o conhecimento do conteúdo das normas jurídicas postas, não pode ser mais que o estudo dos *meios* aptos (inaptos, mais ou menos aptos etc.), a propiciarem que o direito cumpra suas finalidades.

A doutrina jurídica é um complexo de conhecimentos composto de enunciados de ambos os níveis do saber. Há, no trabalho doutrinário, afirmações de ciência e de tecnologia do

direito, entremeadas e indistinguíveis. Quando Ascarelli, p. ex., afirma que:

*a sociedade anônima (em 1811, no Estado de Nova York; em 1844 na Inglaterra; (de início e sob um aspecto particular, em 1863 depois e de um modo geral, em 1867, na França) supera a necessidade de autorização governamental para cada caso; passa a poder ser constituída, em princípio, com a observância de determinadas normas legais e de publicidade, independentemente de um controle de mérito pelas autoridades em cada constituição. (...) De um instrumento jurídico excepcional, a sociedade anônima passou a constituir uma forma jurídica normal da empresa econômica e a sua adoção se espalhou pari passu com a industrialização dos vários países.*⁵

está apresentando uma forma de se compreender a expansão das sociedades anônimas, as razões pelas quais esse tipo societário se desenvolveu. Já, na seguinte passagem do mesmo Ascarelli:

*quando o valor do reembolso tenha sido fixado no ato constitutivo (com o consentimento, portanto, do sócio que se retira, se ele é um subscritor; ou com o seu conhecimento prévio desse valor, se adquiriu as ações depois da constituição da sociedade), entenderia não ser cabível a impugnação. Nessa hipótese, a sociedade e o sócio, consensual e conscientemente, fixaram e aceitaram um determinado valor de reembolso; o funcionamento sucessivo da empresa pode tornar esse valor inferior ou superior ao valor real, mas esse é um risco que ambas as partes conscientemente aceitaram. Não há motivo para se dar ao sócio que se retira (assim como não haveria motivo para dá-la à sociedade) a possibilidade de fugir ao aceite.*⁶

ele está produzindo um conhecimento de estatuto diferente. No primeiro caso, sua afirmação pode ser verdadeira ou falsa (quer

⁵ *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, Saraiva, 1945, p. 340.

⁶ *ob. cit.*, p. 433.

dizer, ou corresponde à realidade histórica que a expansão do modelo acionário acompanhou o processo de industrialização, ou não); o método científico revelará a veracidade ou não da idéia exposta por Ascarelli, excluindo-a do conhecimento, se concluir por sua falsidade. No último, sua interpretação da ordem vigente, sobre a impossibilidade de impugnação do reembolso pelo acionista dissidente, quando fixado estatutariamente o seu valor, é uma entre várias outras, que podem conviver nas discussões jurídicas - o próprio Ascarelli lembra, em nota de rodapé, o entendimento algo divergente de Miranda Valverde, acerca da validade de cláusula do estatuto fixando o valor do reembolso pelo nominal⁷.

Resta claro, a partir das passagens transpostas da obra de um dos maiores comercialistas de todos os tempos, que a doutrina jurídica se preocupa - embora não na mesma proporção - com duas dimensões diferentes do fato social consistente na definição de normas de conduta. De um lado com as razões pelas quais se produziu determinada norma jurídica, e, de outro, os sentidos que se podem atribuir-lhe. À primeira preocupação corresponde um conhecimento científico, cujo objeto é a historicidade das normas; à segunda, um saber tecnológico, voltado às decisões que se podem derivar das normas postas. A tecnologia jurídica, assim, é a parte do conhecimento doutrinário que se propõe a esclarecer o sentido, ou sentidos das normas jurídicas em vigor. O direito empresarial, enquanto interpretação da disciplina jurídico-privatística do exercício da atividade econômica, é um capítulo desse conhecimento.

3. O DIREITO E AS EXTERNALIDADES

Toda atividade econômica insere-se necessariamente num contexto social, e assim gera custos, não apenas para o empresário que a explora, mas, em diferentes graus, também para a sociedade. A indústria polui o ar, esgota fontes de matéria prima, reclama investimentos públicos em infra-estrutura etc. Gera, por assim

⁷ *ob. cit.*, p. 433, nota 37.

dizer, custos *sociais*, que poderão ou não, se compensar com os benefícios que a mesma atividade econômica propicia para a sociedade, como a geração de empregos diretos e indiretos, atendimento aos consumidores, criação de novos negócios etc. A equação entre os custos e benefícios sociais nem sempre é equilibrada. Alguns agentes econômicos podem usufruir mais benefícios que os custos dispendidos, outros, o inverso, ensejando o que tecnicamente se denomina *externalidade* ou *deseconomia externa*. Note-se que, por agentes econômicos, se compreende aqui um conjunto bastante amplo de pessoas, abrangente não apenas dos empresários - que organizam e dirigem atividades econômicas de produção ou circulação de bens ou serviços - mas de todas as pessoas com uma função qualquer na economia. A noção envolve, portanto, também consumidores, trabalhadores, o próprio estado etc.

Externalidade é conceituada como todo efeito produzido por um agente econômico que repercute positiva ou negativamente sobre a atividade econômica, renda ou bem estar de outro agente econômico, *sem a correspondente compensação*. Nenhum pedestre morador de uma metrópole, p. ex., é compensado por respirar o ar contaminado pelos poluentes produzidos por veículos das empresas de transporte coletivo, mas também não é obrigado a remunerar o aumento de espaço livre nas calçadas propiciado pelo serviço dessas mesmas empresas. Tanto a poluição do ar como o aumento do espaço livre nas calçadas são, para o pedestre, externalidades da prestação do serviço de transporte coletivo, não ressarcidas de parte a parte.

Há dois desdobramentos jurídicos da noção de externalidade: a necessidade de se distinguir as relevantes das irrelevantes, e a eleição de mecanismos para a compensação das externalidades relevantes.

Para Mercado Pacheco, o primeiro aspecto do aproveitamento desse conceito econômico no campo do direito - a separação entre externalidades relevantes e irrelevantes - estaria ligado à

determinação da ilicitude ou licitude da atividade⁸, mas não me parece assim. A relevância da externalidade guarda relação com mudanças comportamentais e evolução de valores, não necessariamente reproduzidas em normas jurídicas proibitivas de atividades econômicas. Apenas recentemente, note-se, a agressão da indústria ao meio ambiente transformou-se numa externalidade relevante, mas o direito ambiental não tem respondido a essa transformação com a interdição das atividades poluidoras, e sim por mecanismos mais ou menos eficientes de controle de produção de poluentes. De qualquer forma, será certamente impossível pretender a compensação de todas as deseconomias externas, tendo em vista inclusive que as compensações são elas próprias geradoras também de novas externalidades: o Estado, ao impor regras de direito ambiental à indústria, gera, como agente econômico no conceito amplo aqui considerado, uma externalidade para o empresário.

Não há como eliminar, na exploração de atividades econômicas, uma determinada margem de produção de efeitos negativos ou positivos não compensáveis. Nesta margem, correspondente às externalidades irrelevantes, os efeitos gerados pela empresa sequer merecem a atenção do direito. Correspondem a fatos não-jurídicos, isto é, ignorados pela ordem jurídica, tendo em vista a irrelevância dos interesses atingidos, segundo ponderações de valor variáveis historicamente.

O segundo desdobramento do conceito de externalidade na matéria jurídica volta-se à definição dos mecanismos de compensação entre os agentes econômicos expostos a tais efeitos (empresa e comunidade, empresários e vizinhos, fornecedor e consumidor etc.). Ou, como prefere a economia, este desdobramento diz respeito ao processo de *internalização das externalidades*. Quer dizer, uma vez conferida relevância a certos efeitos produzidos por um empreendimento econômico - a indústria polui e gera empregos - cabe discutir como proceder à sua compensação, através da imputação de obrigações ao

⁸ *El analisis Economico del derecho - una reconstruccion teorica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 136.

empresário, pelos efeitos considerados negativos, e do reconhecimento de direitos em relação aos reputados positivos. Internalizar as externalidades para equalizar a relação custos-benefícios sociais é, em termos jurídicos, impor deveres e garantir direitos para fazer justiça.

No enfrentamento da questão da internalização de externalidades, duas diferentes concepções se apresentam, frutos de distintas formas de se compreender o papel do Estado e do direito na organização econômica: de um lado, a da *economia do bem estar*; de outro, a da *análise econômica do direito*.

O teórico central da economia do bem-estar é Arthur Cecil Pigou, que, de sua cátedra de economia política em Cambridge, na década de 1920, formulou crítica sistemática às concepções clássicas de suficiência das forças livres do mercado para equilibrar os custos e benefícios sociais. Para ele, as externalidades são derivadas de falhas no mercado, que cabe ao Estado corrigir⁹, e o mecanismo por excelência para tal correção seria o sistema tributário. Em termos concretos, Pigou propõe que se proceda ao cálculo dos custos sociais e sua comparação aos custos individuais em relação a cada atividade econômica. Esta operação, se resultasse em diferença, revelaria a existência de uma externalidade, que o Estado internalizaria do seguinte modo: sendo a diferença em desfavor da sociedade (isto é, se os custos sociais fossem maiores que os individuais), ele seria credor, e o empresário deveria pagar um tributo; no caso inverso, o Estado seria devedor e o empresário teria direito a isenções ou incentivos.

A análise econômica do direito, por sua vez, nasce com a publicação de um artigo de Ronald Coase, expoente da *Escola de Chicago*, em que discute a visão de Pigou sobre os custos sociais,¹⁰ e ambiciona criar um modelo teórico que concilie a aplicação de normas jurídicas (inclusive de direito penal, de

⁹ *The Economics of Welfare*. Tradução para o espanhol *La Economía del Bienestar*, Madrid, M. Aguillar Editor, 1946.

¹⁰ *The problem of social cost*. Em *Journal of Law and Economics* n. 3, Chicago, University of Chicago Law School, 1960.

família e sucessões, etc.) a padrões de eficiência econômica¹¹. Com forte acento liberal, a análise econômica do direito considera que as externalidades não refletem falhas do mercado, mas situações conflitantes que devem ser solucionadas pelos próprios interessados. Não existe um efeito de atividade econômica que seja, em si mesmo, positivo ou negativo. O que é favorável a um agente econômico é desfavorável a outro, e cada um deles procurará nortear suas opções segundo padrões racionais de eficiência, isto é, gastando menos para lucrar o máximo possível. Para Coase, a externalidade apenas gera ineficiência quando são elevados os custos de *transação* entre os agentes econômicos interessados. Isto é, quando o entendimento entre o agente que cria e o que suporta a externalidade tem um custo não-desprezível.

Nota-se claramente a diferença entre a função que se espera do Estado e do direito no contexto de cada uma das concepções aqui delineadas. Para a economia do bem estar, o Estado é o *agente* do processo de internalização das externalidades, cabendo-lhe definir e dimensionar, os custos sociais e impor a compensação aos agentes econômicos. Já, para a análise econômica do direito, a contribuição do Estado na internalização das externalidades deve se limitar à redução dos custos da transação entre os particulares. As normas jurídicas, em Pigou, em especial as de conteúdo tributário, são o instrumento para o Estado internalizar as externalidades; enquanto para a análise econômica do direito, elas devem simplesmente reproduzir o mercado de competição perfeita (*law as market mimiker*).

Não é preciso muito para perceber que as duas orientações refletem as nuances da reorganização do sistema capitalista ao longo do século XX, e as tentativas de definir limites da intervenção do Estado na economia. O essencial, contudo, escapa tanto à economia do bem-estar, como à análise econômica do direito, que é a vinculação entre tal intervenção e a luta de classes.

¹¹ Sobre o tema, consultar: Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1992. 4ª ed.; Frank H. Stephen, *The Economics of the Law*. Edição brasileira. São Paulo, Makron, 1993; Fábio Ulhoa Coelho, *A análise econômica do direito*. Em *Direito (Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-SP)* n. 2. São Paulo, Max Limonad, 1995.

Pigou e Coase pretenderam construir modelos ideais de explicação e reorganização da economia, que definissem de uma vez por todas o campo de ingerência (e de não-ingerência) do Estado na atividade econômica. Mas o fato é que a dinâmica da luta de classes obriga o aparato estatal a avanços e recuos, de modo que as orientações sobre a internalização das externalidades, divisadas pelas concepções aqui em foco, apenas *refletem* momentos diferentes da história do capitalismo. O pretendido pela economia do bem-estar (utilização do sistema tributário para internalizar externalidades), e o pretendido pela análise econômica do direito (a eficiência econômica norteando as decisões judiciais), não se realizam, e não se podem realizar, porque partem dessas concepções de um pressuposto abstrato e irreal: a de que o Estado capitalista pode ter sua natureza, função e dimensão imunes aos conflitos de interesses, aos embates entre as classes sociais e seus segmentos.

4. O CUSTO DO DIREITO PARA A ATIVIDADE EMPRESARIAL

Da crítica que a análise econômica do direito faz à economia do bem-estar, no tocante ao mecanismo de internalização de externalidades, como apresentado sinteticamente acima, resulta um dado de extrema importância, que a tecnologia do direito não pode ignorar, isto é, a afirmação de que algumas normas jurídicas repercutem diretamente no custo da atividade econômica. A grande contribuição para o conhecimento jurídico, do debate entre essas correntes econômicas, não se encontra nas propostas finais de cada concepção - abstratas e irrealizáveis - mas na consideração dos marcos institucionais no universo da microeconomia. Em outros termos, a transposição da noção de *internalização de externalidades* do campo do conhecimento econômico para o contexto da reflexão jurídica tem o grande mérito de alertar para o fato de que as obrigações jurídicas impostas ao empresário têm a natureza de *elemento de custo*.

Para definir o preço dos produtos e serviços que fornece ao mercado, o empresário realiza um cálculo, cada vez mais

complexo, que compreende o preço dos seus insumos, a mão-de-obra, os tributos, a margem de lucro esperada e também as contingências. Parte desses custos pode ser objeto de um cálculo matemático, sujeito a variações controladas quantitativamente. Outra parte, contudo, exige um cálculo menos preciso, mas ainda assim indispensável à preservação da margem de lucros. Nesta última categoria encontram-se as contingências, como greves prolongadas, quebra de safra, instabilizações políticas, acidentes etc. Esses fatos podem interferir, de forma acentuada, nas contas do empresário, reduzindo ou comprometendo sua lucratividade ou até mesmo levando-o à falência. Proponho chamar essa segunda modalidade de cálculo pelo nome *qualitativo*, em referência às inúmeras variáveis não inteiramente controladas por quantidades.

Nesse sentido, nota-se que algumas normas jurídicas representam, para o empresário, um verdadeiro elemento de custo. São dessa natureza, p. ex.: grande parte das normas de direito do trabalho (excetuam-se as disciplinadoras de regimes especiais, como a do empregado doméstico), de direito tributário (quando relacionadas a tributos do interesse da empresa), de direito previdenciário (as referentes às contribuições do empregador e, também, às do empregado), ambiental, urbanístico e outros. Por evidente, também o direito empresarial integra esse grupo de ramos jurídicos, cujas normas podem influir nos custos da empresa. Para facilitar o desenvolvimento da matéria, vou referir-me a tais normas pela expressão *direito-custo*. Qualquer alteração no direito-custo interfere, em diferentes medidas, com as contas dos empresários e, em decorrência, com o preço dos produtos e serviços oferecidos no mercado. Isto é, cada nova obrigação que se impõe ao empresário, de cunho fiscal, trabalhista, previdenciário, ambiental, urbanístico, contratual etc. representa aumento de custos para a atividade empresarial e aumento do preço dos produtos e serviços para os seus adquirentes e consumidores.

As repercussões de mudanças no direito-custo podem ser objeto de cálculo matemático ou de cálculo qualitativo. Se a lei majora a alíquota do imposto de circulação de mercadorias e serviços – ICMS – o empresário incorpora tal mudança em seus

custos de forma precisa, calculando sem maiores dúvidas as conseqüências da reforma legislativa. O princípio da anterioridade, no direito tributário, representa, sob o aspecto aqui apresentado, uma certa garantia de objetividade e permanência para o cálculo empresarial, na medida em que afasta algumas oscilações no decorrer do exercício. Outras alterações no direitocusto podem exigir cálculos qualitativos, como, p. ex.: as referentes às normas de responsabilidade civil. Quando o direito brasileiro adotou, com o Código de Defesa do Consumidor, a teoria da responsabilidade objetiva dos empresários, por acidente de consumo, criou um novo elemento de custo a ser considerado pelo cálculo empresarial.¹²

Em qualquer hipótese, a interpretação das normas do direitocusto exige a maior objetividade *possível*, com vistas a ensejar a *relativa* antecipação das decisões judiciais ou administrativas derivadas dessas mesmas normas. O cálculo empresarial é condição da preservação do lucro e este, por sua vez, é a alavanca das atividades econômicas no capitalismo. De fato, se não vislumbrar atraente perspectiva de lucros, na exploração de uma empresa, o empreendedor privado dará às suas energias e aos seus recursos outra destinação. Pode-se pretender a superação do sistema capitalista, pelas grandes e inumeráveis injustiças que gera, mas, enquanto ele reger a economia e as nossas vidas, não se poderá negar ao lucro a importantíssima função de móvel fundamental da produção e circulação de bens ou serviços (que, a final, são atividades indispensáveis à sobrevivência de todos). A interpretação, o quanto possível, objetiva das normas de direitocusto está ligada ao próprio funcionamento da estrutura econômica do sistema capitalista. E, ressalte-se, a *objetividade possível* aqui reclamada, alimenta tanto o cálculo matemático como o qualitativo. Ambos pressupõem informações confiáveis, embora com graus de precisão diversos.

A informação jurídica confiável para fins de cálculo é baseada não apenas em precedentes jurisprudenciais e ensinamentos doutrinários, mas, principalmente, nas variáveis próprias ao cálculo qualitativo, específico da tecnologia jurídica. Em outros termos, o tecnólogo do direito, ao se debruçar sobre normas do

¹² Remeto o leitor ao meu *O Empresário e os Direitos do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 35/37.

direito-custo, para fornecer subsídios ao cálculo empresarial, deve estar atento às seguintes condições: *a)* inexistência de consenso absoluto, na comunidade jurídica, acerca da exata interpretação das normas; *b)* papel da ideologia e dos valores na interpretação e aplicação do direito; *c)* alterações econômicas, políticas e sociais que possam interferir com o entendimento que a comunidade jurídica tem das normas em vigor. Note-se, a redemocratização do Brasil nos fins da década de 1980, se fez acompanhar pela revalorização do Poder Judiciário, e isso acarretou mudanças sensíveis na eficácia dos princípios constitucionais do sistema tributário. Em termos formais, as normas constitucionais de 1969 e de 1988, não são substancialmente distintas, mas as decisões, em favor do contribuinte pautadas em tais princípios, foram ampliadas. Só o tecnólogo do direito, atento às nuances da vida política nacional, poderia estar apto a antecipar ao empresário o novo cenário. Já o estudioso do direito que prefere fazer pose de cientista formal, de normas positivadas, simplesmente não teria qualquer contribuição profissional de valor a dar ao empresário, para a organização de sua empresa.

As variáveis, próprias do cálculo qualitativo da tecnologia jurídica, afastam a perspectiva de uma *absoluta* objetividade do cálculo empresarial. Claro que se pode falar numa objetividade relativa ou em graus diferentes de precisão, mas pretender quantificar com exatidão estatística, a probabilidade de êxito em demandas judiciais é despropositado. A parte qualitativa do cálculo empresarial, convive necessariamente com maior ou menor grau de imprecisão, e mesmo a parte desse cálculo feita por operações matemáticas, (p. ex.: a base de cálculo de um imposto), pode ser afetada pela natureza retórica do conhecimento jurídico, (como as divergências jurisprudenciais). A despeito dessa complexidade; no entanto, as normas jurídicas que repercutem nos custos da empresa devem ser editadas, estudadas, interpretadas e aplicadas com *a maior objetividade*, que se possa alcançar, de forma a contribuir o direito para o aperfeiçoamento do cálculo empresarial e, em última análise, para o desenvolvimento e organização da empresa e da economia.

5. DIREITO EMPRESARIAL COMO DIREITO-CUSTO

Conforme proposto acima, direito-custo é expressão referente às normas jurídicas, cuja aplicação interfere com os custos da

atividade empresarial, quer dizer, da produção e circulação de bens ou serviços. As normas tributárias, pertinentes aos impostos devidos pelos empresários, as de direito urbanístico que vedam estabelecimentos empresariais em determinadas zonas da cidade, as de direito previdenciário ou do trabalho, instituidoras de encargos são, entre outros, exemplos de direito-custo. Estatuem obrigações que o empresário deve internalizar em sua empresa, isto é, levar em conta no momento de calcular e fixar os preços de seus produtos ou serviços.

No âmbito da disciplina privada da atividade econômica (isto é, do direito empresarial), há, como é evidente, normas com a natureza de direito-custo. Nem todas as disposições normativas desse ramo jurídico, contudo, podem ser enquadradas em tal categoria. Muitas e importantes regras de direito societário, como as relacionadas com a constituição e funcionamento de sociedades anônimas abertas, dizem respeito à liquidez de investimentos, em mercado de capitais e não interferem com os custos de produtos e serviços para a empresa fornecedora. Outras, como as do registro de empresa, têm implicação de dimensões tão diminutas em tais custos, que nem sempre se justifica tentar compreendê-las segundo esse enfoque. Portanto, o direito de empresa, não obstante a importância de suas normas de direito-custo, não pode ser reduzido ao regramento do cálculo empresarial.

Enquanto direito-custo, o direito empresarial se manifesta principalmente na disciplina dos seguintes aspectos da exploração da atividade de empresa:

a) *Responsabilidade civil* - este é o tema que melhor exemplifica a aplicação das categorias aqui propostas, de cálculo empresarial e direito-custo, notadamente quanto à discussão da natureza subjetiva ou objetiva de cada hipótese de responsabilização. De fato, muitos acidentes podem ocorrer no ambiente empresarial (acidente de trabalho), ou mesmo em razão do consumo de bens industrializados ou de serviços (fornecimento perigoso ou defeituoso), e a imputação, ao empresário da responsabilidade objetiva, pela indenização dos prejuízos decorrentes importa a criação de um elemento de custo.

Assim, de acordo com o direito de infortunistica brasileiro, o empresário responde subjetivamente pelos acidentes de trabalho (CF, art. 7º, XXVIII). Isto é, a demonstração da culpa ou dolo do empresário, como causa, mesmo remota, do acidente sofrido pelo empregado é condição para a sua responsabilização. Se o evento danoso decorre de culpa exclusiva do empregado, caso fortuito ou força maior, o empresário não tem responsabilidade perante o acidentado, que poderá apenas reclamar o benefício correspondente junto ao INSS. A responsabilidade do empresário, no caso de acidente de trabalho, portanto, é subjetiva. No entanto, ele responde, independentemente de culpa, pelos danos derivados de acidente de consumo, provocados por defeitos em produto ou serviço, (CDC, arts. 12 e 14). Nessa hipótese, a sua responsabilidade é objetiva, quer dizer, existe, mesmo que ele tenha dotado sua empresa da mais avançada tecnologia de produção e observe os mais rigorosos padrões de controle de qualidade.

A diferença entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva reside, em última análise, na natureza *ilícita* ou *lícita* do ato praticado pelo agente a quem ela é imputada. O empresário que, agindo com culpa ou dolo, provoca acidente de trabalho, incorre num ilícito e responde, desde que demonstradas a ilicitude (negligência, imprudência, imperícia ou intenção), a relação causal entre o ato e o evento danoso, e a extensão do dano. Já o mesmo empresário, ao fornecer produto defeituoso ao mercado, nem sempre incorre em conduta ilícita. Por mais desenvolvidos que sejam os processos produtivos e os controles de qualidade empregados na atividade empresarial, a falibilidade natural dos homens que trabalham na empresa, não afasta a possibilidade de fornecimento ao mercado, de alguns produtos ou serviços com defeito. Nesse caso, inexistente a culpa ou o dolo, não podem ser considerados ilícitos os atos do empresário. Sua responsabilidade pelo acidente de consumo é objetiva, porque não pressupõe a ilicitude da conduta, existe, ainda que inteiramente lícito o comportamento do devedor da indenização.¹³

¹³ Sobre as relações entre a natureza da responsabilidade e a eficiência econômica, ver: Posner, *ob. cit.*, pp. 175 a 182.

Ao editar regra de responsabilidade objetiva, o direito está criando um novo elemento de custo para o empresário. Para cumprir a lei sem sacrifício da lucratividade de seu empreendimento, ele deve procurar definir, por cálculos apropriados, a probabilidade da ocorrência de acidentes de consumo, bem como a provável dimensão de suas conseqüências econômicas. Esses dados o empresário considera no cômputo dos preços de seus produtos, ou serviços, repassando a cada consumidor uma *quota-parte*, por assim dizer, das repercussões previsíveis do fornecimento defeituoso. Em outros termos, o empresário dilui, socializa entre os consumidores, realoca as perdas estimadas por acidente de consumo, reunindo recursos para atender à regra da responsabilidade civil, independente de culpa¹⁴. A operação prévia, ao *repassar* das perdas por acidente de consumo para os próprios consumidores, através da fixação do preço dos produtos ou serviços vendidos, é viabilizada pelo cálculo empresarial.

b) Responsabilidade contratual - existem dois sistemas de tutela jurídica, da vontade dos contratantes: de um lado, a composição das perdas e danos; de outro, a execução específica. Pelo primeiro, o contratante que descumpra as obrigações assumidas, é condenado pelo juiz, a indenizar a outra parte pelos prejuízos advindos do inadimplemento; pelo segundo sistema, a prestação jurisdicional garante ou o cumprimento da obrigação descumprida, ou o resultado concreto equivalente ou o mais próximo ao pretendido pelas partes, quando da celebração do contrato.

Antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, era sustentável, com base no art. 197, do Código Comercial, que o comerciante, ao descumprir a obrigação de entregar a mercadoria vendida ao consumidor, estava sujeito somente à pena de indenizar este último, não havendo fundamento legal para o Judiciário expedir, p. ex., mandado de busca e apreensão da mercadoria, objeto de contrato. Isto é, o sistema de tutela da vontade contratada apenas garantia, na hipótese de inadimplemento, a recomposição das perdas. Após a entrada em

¹⁴ Para uma discussão sobre os limites do *spreading of losses*, ver: *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*. Em *The Yale Law Journal* vol. 70.4, Yale, Yale University Law School, 1961.

vigor da legislação consumerista, não há dúvidas de que o consumidor tem direito à execução específica das obrigações assumidas pelo fornecedor (CDC, art. 84).

Contudo, observe-se que nem sempre o fiel cumprimento do contrato equivale, sob o ponto de vista da economia de acento liberal, à solução mais eficiente para o contratante; isso porque as condições de fato, se alteram ao longo do tempo, e o que era projetado como eficiente na data da celebração do contrato, por uma das partes, pode-se mostrar exatamente o contrário na época do cumprimento das obrigações. Para o outro contratante será, em geral, indiferente o cumprimento do contrato ou a integral composição das perdas, mas para o inadimplente esta última solução pode ser significativamente mais vantajosa e, portanto, mais eficiente que a primeira. Assim, quando presentes tais pressupostos, a regra jurídica consagradora da execução específica pode representar a solução, menos eficiente, para o caso de descumprimento de obrigações contratuais.¹⁵

As normas sobre responsabilidade contratual são direito-custo, na medida em que as conseqüências do inadimplemento de obrigação assumida pelo empresário - seja as relacionadas ao sistema da composição de perdas, seja ao da execução específica - devem ser absorvidas pela empresa, sem comprometimento, ou com o menor comprometimento possível, da margem de lucro.

c) *Propriedade industrial* - as normas de direito industrial relacionadas à duração e garantias das patentes e dos registros de marca, é fácil compreendê-la, têm direta incidência sobre os custos da empresa. A amortização do investimento realizado nas pesquisas e invenções, ou na criação e fixação das marcas, será proporcional ao tempo em que a empresa dispuser da exclusividade de exploração econômica do direito industrial correspondente. Quanto mais dilatado o prazo de duração da patente ou do registro, menor poderá ser o percentual de amortização do investimento, agregado ao preço do produto ou serviço.

¹⁵ Cfr. Richard A. Posner, *ob. cit.* págs. 130 a 132.

d) *Concorrência desleal e abuso do poder econômico* - a garantia jurídica do funcionamento das estruturas do mercado livre, abre a possibilidade a novos empresários de ingressarem em segmentos desse mercado, para fins de competirem com os que nele já atuam. Na medida em que o direito concorrencial, e o antitruste contemplem normas mais rigorosas, contra práticas desleais e abusivas, consolida-se a garantia de competitividade entre empresários. Note-se, contudo, que as sanções impostas pelas autoridades fiscalizadoras das estruturas do livre mercado - e aqui lembro, não apenas as multas, mas igualmente o desfazimento de operações societárias concentracionistas, a invalidação da cessão de marcas e patentes, e outras medidas desconstitutivas de negócios jurídicos - formam um dos elementos de custo da empresa. Desse modo, quanto maior o rigor do direito de tutela das estruturas do mercado livre, maior o custo das atividades econômicas. Afinal, as empresas, não podem deixar de se precaverem, através da formação de reservas, para absorção de eventuais punições.

e) *Direitos dos consumidores* - costuma a legislação consumerista estabelecer padrões de transparência nas relações pré contratuais, entre fornecedores e consumidores, além de sancionar, com a nulidade ou ineficácia, as cláusulas abusivas, bem como estipular a rescisão do negócio, em razão de vícios nos produtos ou serviços. Esses direitos reconhecidos aos consumidores se refletem em obrigações a que se sujeitam os empresários, e, para as cumprir, eles têm à sua frente três alternativas não excludentes. A primeira, é a constituição de uma reserva própria para enfrentar a diminuição de receita decorrente do atendimento aos direitos dos consumidores, como a gerada por rescisões de contratos ou reexecução de serviços malfeitos etc. A segunda alternativa do empresário, diante da imposição de novas obrigações frente aos consumidores, é a de contratar seguro, transferindo os riscos para as instituições securitárias. A última opção é a de investir no aperfeiçoamento da empresa, na qualidade do fornecimento de produtos ou serviços, para fins de reduzir a margem de defeitos ou de exposição dos consumidores a perigos.

Qualquer dessas opções implica aumento de custos e conseqüentemente do preço final do fornecimento, de forma a

repassar, ainda que a médio prazo, aos consumidores, os encargos derivados do aprimoramento das relações de consumo. O consumidor paga mais caro os produtos e serviços que adquire, mas recebe, em contrapartida, maiores garantias quanto à sua qualidade¹⁶.

f) *Recuperação de crédito* - também são direito-custo as normas processuais sobre cobrança e arbitragem, bem como as instituidoras do regime cambiário e falimentar.

A concessão de crédito é elemento vital ao bom funcionamento da economia, porque possibilita ampliação e dinamização da produção e do volume de negócios. É certo, por um lado, que o empresário conta com uma relativa margem de inadimplência dos tomadores de crédito - e até procura se preservar através do seguro de crédito ou diluindo as perdas com a receita gerada pelos adimplentes -, mas também é certo que as normas disciplinadoras da recuperação do valor disponibilizado, influem na administração empresarial. Curioso registrar que essa influência manifesta-se tanto do lado do credor, que, ao tentar recuperar seus recursos, deve ajustar expectativas à realidade do Judiciário; como do devedor, para quem as possibilidades de postergação do cumprimento da obrigação pode significar novas alternativas negociais.

Essa lista não exaure todas as normas de direito-custo reservadas ao estudo do direito empresarial. Ela serve apenas de referência, bastante genérica, de como o complexo jurídico-normativo se introduz no universo da microeconomia, agindo de forma relevante no cotidiano da administração empresarial.

6. HARMONIZAÇÃO DO DIREITO

No campo jurídico, o aspecto mais relevante do processo integrativo, diz respeito à eliminação de diferenças legislativas que possam obstaculizar o seu desenvolvimento. Os tratados, inclusive o de Assunção de 1991, e demais documentos firmados pelos Estados participantes, costumam mencionar a *harmonização* do direito, vigente em cada país, como um dos principais

¹⁶ Cfr. Fábio Ulhoa Coelho, *O Empresário* cit págs. 29 a 34.

objetivos propostos. Por sua vez, os doutrinadores de direito de integração, distinguem, entre coordenação, harmonização e aproximação de normas ou ordenamentos, procurando encontrar as nuances características de cada uma. Segundo o ensinamento mais corrente, *coordenadas* seriam as normas jurídicas que não apresentam incompatibilidades, *harmonizadas* as que produzem os mesmos efeitos e *aproximadas* as que adotam diretivas de órgãos comunitários supranacionais.¹⁷

Na verdade, o processo integrativo não depende exatamente da absoluta uniformização das normas, no sentido de vigência de um texto único. O modelo da uniformização foi o usado, nos anos 1930, pelas Convenções de Genebra para a adoção, nos países capitalistas, de uma disciplina comum sobre os principais títulos de crédito, (letra de câmbio, nota promissória e cheque). Naquele momento, a uniformização do texto legislativo, foi o mais adequado instrumento encontrado pela diplomacia dos estados capitalistas, para estimular os negócios no comércio internacional - objetivo, convenha-se, bem mais modesto que o da integração econômica. Já o processo de globalização do final do século, por sua amplitude, dinâmica e objetivos, não poderia se limitar ao mecanismo da uniformização da lei, reclamando dos serviços diplomáticos a criação de expedientes mais flexíveis, capazes de compor os múltiplos interesses envolvidos.

O pressuposto do desenvolvimento do processo integrativo, nesse contexto, não é a uniformização redacional de textos de leis, mas a harmonização do *sentido* do comando normativo nelas existente, e, em consequência, a expectativa de identidade dos seus efeitos.

O Tratado de Assunção menciona o compromisso dos integrantes do MERCOSUL de harmonizar suas legislações, *nas matérias pertinentes, para obter o fortalecimento do processo de integração*. Para um documento diplomático, não seria talvez factível, pretender algo diverso de uma fórmula tão genérica e

¹⁷ Werter R. Faria, *Harmonização Legislativa no MERCOSUL*, Brasília, Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1995, pp. 12 a 16.

imprecisa. De fato, o acordo não especifica as áreas em que se deve buscar a harmonização, nem fixa metas claras, quanto a esse tema, do processo de criação do mercado comum. Cabe à tecnologia jurídica, em sua independência acadêmica, contribuir para a concretização do enunciado constante do instrumento internacional. Fixar os parâmetros teóricos e conceituais, a partir dos quais se possa aclarar o que cabe entender, exatamente, por *fortalecimento do processo integrativo*, para fins de delimitação do campo de negociações da harmonização legislativa, é tarefa para os tecnólogos do direito.

Alguns autores consideram que a harmonização das legislações dos países integrantes do mercado comum, deve alcançar um arco bastante largo de regimes jurídicos. Luiz Olavo Baptista, p. ex., considera que o livre trânsito de pessoas, bens e serviços, característico do Mercado Comum, torna potencialmente sujeita a mudanças, toda a legislação civil, inclusive os capítulos do direito de personalidade, família e sucessão.¹⁸ No meu modo de entender a questão, no entanto, a harmonização, pressuposto do desenvolvimento do processo de integração, refere-se a um campo normativo bem restrito e delimitável. A construção do mercado comum, em suma, depende fundamentalmente de um *direito-custo harmonizado*. Isto é, a integração legislativa diz respeito às normas jurídicas que interferem direta ou indiretamente com os custos da produção e demais atividades econômicas. Normas sobre usucapião, direito criminal impositivo de sanções limitadoras da liberdade individual, família, sucessão, infância e adolescência, processo judicial de conhecimento, valores mobiliários, benefícios previdenciários, funcionalismo público, licitação e direito financeiro, desapropriação, direito eleitoral e tantas outras, que não obrigam o empresário a rever o preço dos seus produtos ou serviços, para preservar a margem de lucratividade esperada, são normas cuja harmonização, é plenamente dispensável. Já as normas pertinentes à tutela dos consumidores, tributos incidentes sobre atividade econômica, proteção da propriedade industrial, repressão ao abuso do poder econômico, recuperação de crédito e

¹⁸ *ob. cit.*, p. 22.

outras de efeitos imediatos ou mediatos sobre o cálculo empresarial, reclamam harmonia como condição, para o desenvolvimento do processo integrativo.

A propósito, ao discutir sua interessante tese da descodificação e da resistemização do direito privado, Ricardo Luis Lorenzetti lembra, que alguns países disputam a condição de sede de empresas, instituindo legislações com baixos graus de proteção, das quais decorrem menores custos para a instalação de atividades econômicas. Segundo anota, na medida em que os Estados atingidos por essa política de captação de investimentos pressionam tais países, no sentido de exigir o cumprimento de alguns direitos fundamentais, e na medida em que os organismos internacionais de crédito condicionam a outorga de financiamento à observância de tais direitos, e se multiplicam acordos de livre comércio, com referência a regulações mínimas, acaba surgindo uma normatização dos direitos fundamentais e das condições de competição, proveniente de diversas vias. Desse modo, as vantagens competitivas de cada nação, paulatinamente, deixam de sacrificar, ou limitar, direitos humanos ou garantias fundamentais, para se assentarem em aspectos diversos do regramento jurídico.¹⁹ De fato, a disparidade entre ordens normativas nacionais mais ou menos protetoras, de direitos individuais - inclusive e principalmente, os trabalhistas - cria a possibilidade de o empresário, sediado no país menos protetivo, vender os seus produtos, com preço bastante inferior aos praticados nos mercados dos países mais protetivos. É o que já se denominou por *dumping social*, problema típico da globalização da economia, responsável inclusive pela manutenção de políticas protecionistas de indústrias nacionais.

Na implantação de um mercado comum, é claro que tais disparidades devem ser eliminadas. Mas note-se, que o processo de integração econômica tende, normalmente, a aproximar Estados com alguma identidade histórica e cultural - como é, aliás, o caso do MERCOSUL. Assim, as diferenças entre os graus

¹⁹ *Las normas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1995, pp. 34 e 35.

de proteção aos direitos individuais dos países participantes do processo integrativo não são, já de antemão, enormemente acentuadas. A harmonização dos ordenamentos vigentes, então, deve se preocupar mais com as *vantagens competitivas*, não-assentadas nos direitos humanos e garantias fundamentais, para usar a expressão de Lorenzetti. Desse modo, ganha relevo a harmonização, do direito de empresa, nos aspectos em que interferem com o cálculo empresarial.

7. HARMONIZAÇÃO DO DIREITO DE EMPRESA

A harmonização do direito de empresa, compreendida no sentido acima de igualação dos *efeitos* dos comandos normativos de direito-custo, das ordens jurídicas dos países em processo de integração, poderá ser alcançada por três formas diferentes: a) com a alteração do direito positivo dos Estados participantes, para fins de ajustá-lo ao vigente em um deles, escolhido como paradigma; b) pela alteração do direito positivo, vigente em todos os Estados participantes, para a adoção de novos modelos de disciplina jurídica; c) através da interpretação do direito vigente num país participante, a partir de referências a princípios ou normas, adotados pelo direito de outro, ou outros países participantes, (*interpretação integrativa*). Note-se, que apenas nas duas primeiras hipóteses, a mudança formal da legislação é necessária. A terceira via, independe de uma tal mudança, decorrerá, na verdade, de progressos, na criação de uma comunidade jurídica do MERCOSUL.²⁰ Nesse contexto, embora a tecnologia jurídica tenha contribuições a dar nos três meios delineados, é evidente que a importância dessas aumenta consideravelmente no último. A comparação do direito de empresa em vigor no Brasil e na Argentina pode servir à *exemplificação* desses mecanismos, cabendo, contudo, a expressa advertência de que pretendo aqui desenvolver um simples exercício de exploração das possibilidades, abertas por cada

²⁰ Sobre o conceito de comunidade jurídica aqui utilizado, remeto o leitor ao meu *Direito e Poder*, São Paulo, Saraiva, 1992, pp.14 a 16.

hipótese, sem defender necessariamente uma específica solução para o desenvolvimento da diplomacia do processo integrativo.

A primeira forma de harmonização - a adoção de normas vigorantes em um dos países do mercado comum, como paradigma para os demais - pode-se ilustrar pela questão da responsabilidade do empresário por acidentes de consumo. A discussão sobre essa matéria centra-se em *duas* concepções, desenvolvidas pelo moderno consumerismo, isto é, a superação do princípio da relatividade contratual e a da culpabilidade.

Vigora no direito brasileiro a regra de responsabilização objetiva do fabricante, produtor, construtor, importador e prestador de serviços, pelos danos decorrentes de fornecimento defeituoso, (CDC, arts. 12 e 14). Adotou a lei brasileira, portanto, os dois postulados do consumerismo, de modo que, em virtude dela, pode o consumidor demandar indenização por acidente de consumo, contra qualquer dos empresários da cadeia de produção e distribuição, mesmo que não tenha havido contrato com o demandado, (superação do princípio da relatividade contratual) e independente da existência de culpa deste, (superação do princípio da culpabilidade).

Quanto ao primeiro aspecto da questão (a superação do princípio da relatividade), importa considerar que o consumidor, via de regra, contrata com um comerciante varejista, e não diretamente com o fabricante. Condicionar o exercício do direito à indenização, ao princípio da relatividade dos contratos, de modo a decretar a carência de ação judicial promovida contra o fabricante, que não foi parte no contrato de compra e venda, equivale, muitas vezes, a deixar sem tutela o consumidor. O varejista, com efeito, nem sempre dispõe dos recursos para responder pelos prejuízos derivados de acidente de consumo, nem pode, por outro lado, responder por problemas, ocorridos em fases do processo econômico, sobre as quais não teve nenhum controle.

A responsabilização objetiva, por seu turno, é também o modo mais racional de se disciplinar a matéria, tendo em vista a inevitabilidade do oferecimento ao mercado, de alguns produtos ou serviços defeituosos. Está, sem dúvida, além da capacidade

humana, produzir bens e comodidades, absolutamente perfeitos, sem nenhuma impropriedade, capaz de causar danos aos seus consumidores e usuários. Sendo, inevitável, o fornecimento defeituoso, apesar do emprego das mais avançadas técnicas de produção e de controle de qualidade, o consumidor, vitimado por acidente de consumo, fica sem proteção no sistema da responsabilidade subjetiva. Se o empresário demonstrar que fez tudo ao alcance da limitada natureza humana, para organizar sua empresa, não se poderá imputar-lhe culpa e, em decorrência, a causa do acidente somente se poderá conceituar, como caso fortuito ou força maior. No sistema clássico da responsabilidade subjetiva, a vítima arca com as conseqüências de evento com uma tal qualificação jurídica. Já na responsabilidade objetiva, será o empresário que deve indenizar a vítima - *salvo se ela foi a única responsável pelos danos que sofreu*, (CDC, art. 12, § 3º, III) -, na medida em que ele tem os meios para absorver o valor dispendido na indenização, como elemento de custo de sua atividade empresarial.

No direito argentino, o projeto da lei de defesa do consumidor, sancionado pelo Congresso, previa a responsabilidade solidária do produtor, fabricante, importador, distribuidor, fornecedor, vendedor, prestador de serviços ou quem tenha posto sua marca na mercadoria, ou no serviço defeituoso - (Lei nº 24.240, art. 40). Essa previsão não se tornou direito vigente, porque foi vetada pelo Presidente da República. O dispositivo em questão, no entanto, embora viabilizasse o superamento do princípio da relatividade contratual, não era claramente filiado ao sistema da responsabilidade objetiva, já que mencionava a exoneração dos empresários que não contribuíram para o evento danoso, e não fazia referência expressa à irrelevância da culpa, para a responsabilização dos agentes elencados.

Notem-se as razões do veto: *El sistema (do projeto de lei) es más amplio que los vigentes en países más avanzados en la producción de bienes y servicios e inclusive del sistema del principal socio de la República Argentina en el Mercosur, la República Federativa del Brasil, circunstancia ésta que opera como una clara desventaja comparativa para productores y*

consumidores". Isto é, a preocupação do legislador argentino, ao afastar a solidariedade entre os agentes econômicos, pelos danos derivados de fornecimento defeituoso, foi a de não impor aos empresários, encargos maiores que os derivados da legislação consumerista brasileira, no contexto da construção do mercado comum.

As razões acima transcritas sugerem duas observações. Primeira, constata-se que a norma objeto de veto, ao responsabilizar solidariamente os licenciadores de marca, os distribuidores e comerciantes, ostentava, de fato, maior rigor que a vigente no ordenamento brasileiro, no aspecto do superamento do princípio da relatividade; mas a mesma norma era, por outro lado, menos rigorosa que a brasileira, no outro aspecto essencial da matéria, ou seja, no da definição da natureza objetiva ou subjetiva da responsabilidade do produtor, fabricante, importador e prestador de serviços.

Segunda, a lógica econômica do veto é curiosa, já que, em razão dele, o industrial argentino, ao operar no mercado brasileiro, acaba tendo maiores responsabilidades que o industrial brasileiro, atuante no mercado argentino. De fato, o empresário industrial sediado na Argentina, submete-se à responsabilidade da lei brasileira, ao colocar no Brasil os seus produtos. Responde, portanto, de modo objetivo e independente de contrato com a vítima do acidente. Por outro lado, em razão do veto, o industrial sediado no Brasil não está sujeito, ao colocar seus produtos e serviços na Argentina, sequer à responsabilidade solidária, referida no dispositivo vetado. O curioso é a extraordinária inversão de valores: o veto, ao afirmar a intenção de poupar o empresário argentino de uma desvantagem, acaba por criá-la.

De qualquer modo, a doutrina argentina, com base nos dispositivos da legislação civil, conclui pela inocuidade do veto. Há, segundo Juan M. Farina, fundamentos sólidos para sustentar a responsabilidade solidária ou concorrente do empresário, pelos acidentes de consumo, com base na interpretação dos dispositivos, genéricos da lei tutelar dos consumidores, que imputam obrigações a todos os que intervêm na cadeia de produção ou circulação de mercadorias, sendo que tais dispositivos não

formulam, nem permitem formular, exceções a tal princípio.²¹ Por outro lado, o mesmo autor acentua que ninguém atualmente interpreta o próprio direito civil, concluindo pela imposição ao consumidor do ônus da prova de culpa do fabricante. Isto é, para parte da doutrina argentina, independentemente de expressa previsão legal, deve-se observar a presunção de culpa do empresário pelos danos derivados de acidente de consumo, o que seria, na avaliação de Farina, bastante próximo da responsabilidade objetiva.²² Para outras concepções doutrinárias, seria objetiva a responsabilidade do empresário, mesmo se considerado apenas o disposto no Código Civil argentino, (art. 1113), diploma aplicável em vista do veto à lei tutelar dos consumidores.²³

Em suma, os direitos desses dois países, participantes do processo integrativo do MERCOSUL, o Brasil e a Argentina, apresentam uma diferença substancial na disciplina dos acidentes de consumo. Essa diferença não pode subsistir, uma vez que a responsabilização objetiva do empresário, pelos danos derivados de fornecimento defeituoso, é típica norma de direito-custo. A harmonização aponta, nesse caso, para a mudança no direito positivo argentino, no sentido de também ele vir a incorporar a regra da responsabilidade sem culpa. Se o empresário pode antecipar, em termos relativos que seja, as repercussões dos acidentes provocados por seus produtos ou serviços, para fins de considerá-las na composição de seus preços, então não há argumento capaz de contestar a racionalidade do sistema de responsabilidade objetiva por acidentes de consumo. Se fosse inversa a situação - se, por hipótese, o direito brasileiro adotasse o sistema subjetivo, e o argentino, o objetivo -, a racionalidade desse último nortearia do mesmo modo a harmonização, isto é,

²¹ *Defensa del consumidor y del usuario*, Buenos Aires, Astrea, 1995, pp. 330 e 331, 346 e 347.

²² *ob. cit.*, p. 333.

²³ Por exemplo, Vázquez Ferreyra Romera, *Protección y defensa del consumidor*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1994, pp. 109, 110 e 188.

pela mudança da ordem jurídica filiada à noção de culpa como fonte da responsabilidade.

A segunda forma de harmonização do direito empresarial é a alteração do direito vigente nos países participantes. Se na hipótese anterior, o direito de um dos Estados serve de modelo para o dos demais, na de agora, o modelo reside no direito de países não-participantes, ou num paradigma meramente conceitual, abstrato. O tema que escolho para ilustrar essa forma de harmonização é de cunho consumerista, também. Trata-se da definição das garantias do empresário, pelos vícios em produtos.

O direito brasileiro optou, na disciplina da matéria, por excluir a possibilidade de exoneração do empresário por alguns vícios. Fixou claramente a nulidade de cláusula limitativa da responsabilidade dos fornecedores, (válida apenas na hipótese de consumidor, pessoa jurídica: CDC, art. 51, I) e estipulou que as garantias contratuais serão sempre complementares à legal (CDC, art. 50). Não há margem, no direito consumerista, vigente no Brasil, para o empresário ressaltar certas garantias. Sempre terá o consumidor, diante de qualquer vício de qualidade no produto, o direito de optar pela substituição deste, redução proporcional do preço ou pela rescisão do contrato, cabendo ao fornecedor apenas a faculdade de tentar sanar o problema, quando não se trate de produto essencial ao consumidor, (CDC, art. 18, §§ 1º e 3º).

Compare-se, então, a sistemática brasileira com a adotada pelo direito norte-americano. Lá, o empresário pode limitar a extensão de sua responsabilidade, exigindo-se apenas que o faça de modo expresso, para não incorrer nas chamadas garantias implícitas, referidas no *Uniform Commercial Code*. Desse modo, não há predeterminação pelo direito positivo da extensão das garantias titularizadas pelo consumidor, na aquisição de bens; o que se lhe assegura apenas é o pleno conhecimento das obrigações, que o empresário se propõe assumir, abrindo margem, inclusive, para negociações entre as partes. Sobre o assunto, vigora ainda no direito norte-americano, o *Magnuson-Moss Warranty Act*, de 1975, um *disclosure statute*, que define os requisitos do termo de garantia nas vendas de bens, sem o tornar obrigatório, mas assegurando, no caso de sua elaboração, a transparência na

veiculação de informações aos consumidores.²⁴ Assim, enquanto no Brasil o legislador se entendeu forçado a limitar bastante a margem de negociação, nas relações de consumo, nos Estados Unidos o consumidor pôde ser tratado de forma diversa. O fornecedor norte-americano, que não confere garantia, ou as limita apenas, tem o dever de esclarecer, suficientemente, os consumidores dessa circunstância, para que esses possam tomar a decisão que melhor lhes aprouver, munidos de todas as informações indispensáveis. Os produtos não garantidos ou garantidos com restrições, custam (ou devem custar) menos, e quem os adquire conhece, (ou deve ter os meios para conhecer), a razão do preço reduzido. Em consequência, os consumidores podem nortear suas opções, selecionando os riscos que tomarão para si, e os que repartirão com os empresários fornecedores, para pagarem mais ou menos, em função da alternativa seguida. Quer dizer, se o consumidor prefere pagar um preço menor pelo produto menos garantido e correr o risco de o perder, caso um sério vício se manifeste, ele tem essa opção, comparando o que o mercado oferece.

Na sistemática adotada pelo direito brasileiro, o legislador substituiu o consumidor na aferição da oportunidade, de aderir ou não, (e em que medida) à socialização dos riscos inerentes à atividade econômica de produção de bens. Desse modo, ao atribuir ao empresário responsabilidade total, pela qualidade do produto, o direito acaba, de modo indireto, impondo aos consumidores todos os encargos que essa opção legislativa forçosamente representa.

No direito argentino, a questão foi, de um certo modo, suscitada no veto, imposto pelo Presidente ao art. 11 da Lei nº 24.240, fundado nas seguintes razões: *la garantía legal proyectada en los arts. 11 y 13 cercenaría la libertad del oferente de poner en el mercado productos con o sin garantía, y la del consumidor de elegir unos u otros, y significaría como tal limitar el acceso al mercado de ciertos productos, en general de bajo*

²⁴ Cfr. David G. Epstein e Steve H. Nickles, *Consumer Law*, St. Paul, Minn, West Pub., 1989, pp. 282 a 289.

costo o de uso rápidamente descartable o de rezago, en perjuicio del consumidor. Que dicha garantía constituye además un requisito legal no exigido por la legislación de defensa al consumidor de los países más industrializados, tales como las de la Comunidad Económica europea, Japón o los Estados Unidos de América, y operaría en esse sentido como una desventaja comparativa al desarrollo industrial de bienes de consumo durable y del mercado de tales bienes, en especial los de bajo costo, en la República Argentina.

A doutrina, contudo, apontando as limitações do veto - o qual, a rigor, apenas fulminou o prazo de seis meses para a vigência da garantia -, conclui pela impossibilidade, *exceto no caso de venda de bens usados, reconstituídos ou com defeito, (se tal circunstância for claramente comunicada aos consumidores: Lei nº 24.240, art. 9º)*, de o empresário se exonerar de responsabilidade por vícios nos produtos.²⁵ Em suma, embora pretendida pelo ato presidencial, a limitação das garantias pelo fornecedor, está afastada do direito argentino, em razão da vigência de outros dispositivos legais, encontrados na própria lei tutelar dos consumidores, (arts. 3º e 37) e nos Códigos Civil e do Comércio.

Os direitos brasileiro e argentino, desse modo, são igualmente insatisfatórios no tratamento da matéria relativa à responsabilidade por vícios de qualidade em produto, no que diz respeito à impossibilidade de o empresário ressaltar determinadas garantias. Poder-se-ia, assim, considerar já harmonizado, esse particular aspecto do direito-custo. O processo de integração, no entanto, pode servir *também* à revisão do direito dos países participantes do MERCOSUL, ao representar, por assim dizer, uma oportunidade ímpar para a reflexão sobre a melhor sistemática de disciplina jurídica, dos temas em foco, inclusive com a atenção voltada à experiência de outros países não-participantes. No exemplo aqui apresentado, a harmonização poderia se processar,

²⁵ Juan M. Farina, *ob. cit.* pp. 162 e 163.

mediante a alteração do direito aplicável ao assunto, tanto no Brasil como na Argentina, aprimorando-o.

A terceira e última forma de harmonização consiste na referência ao direito vigente em um dos países participantes na interpretação de disposição legal ou normativa de outro país. Essa forma prescinde de alterações no direito positivo e viabiliza a harmonização reclamada pelo processo integrativo, no momento da aplicação do direito positivo, e não no de sua elaboração. Exemplifico com a questão relacionada à compatibilização entre o sancionamento de condutas anticoncorrenciais e a política econômica de governo.

O direito brasileiro criou, para a repressão, ao que denominou infração contra a ordem econômica, uma agência com poderes específicos, o *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* - CADE. Essa agência, com natureza autárquica, é competente para julgar as condutas anticoncorrenciais e aplicar às empresas infratoras as sanções previstas em lei. Não há definidos, de modo expresse, mecanismos de compatibilização das medidas sancionatórias a cargo dessa autarquia e a política econômica geral do governo. Há, claro, dispositivos legais, cuja existência somente é justificável se pressuposta a necessidade de tal compatibilização, tais os que preceituam a possibilidade de gradação da pena (art. 27), a aprovação de atos a despeito de seu caráter restritivo ou prejudicial da concorrência, (art. 54, § 1º) e a participação de órgão técnico do Ministério da Fazenda na tramitação de processos atinentes à matéria antitruste, (arts. 38 e 54, § 6º). Não há, no entanto, norma legal expressa, que afirme deva a atuação da autarquia acompanhar os ditames da política econômica de governo, exigindo a demonstração de tal conjugação um certo esforço argumentativo de cunho sistemático.

No direito argentino, a repressão às condutas anticoncorrenciais é disciplinada pela Lei nº 22.262. A Comissão Nacional de Defesa da Concorrência, criada por essa lei, não tem natureza autárquica e sua competência, na aplicação de sanções, é meramente instrutória e opinativa (arts. 12 e 23). A autoridade, a quem a lei atribuiu poderes para aplicação de penalidades, é o Secretário de Estado de Comércio e Negociações Econômicas

Internacionais, (art. 26). Há, portanto, em função dessa sistemática de concentração de competências, um estreito vínculo entre a repressão às práticas lesivas às estruturas do livre mercado e a política econômica de governo.

Ora, na fundamentação de que, no direito antitruste brasileiro, a repressão às infrações contra a ordem econômica não se pode realizar com desatenção aos pressupostos gerais da política de governo, é plenamente cabível invocar-se o perfil conferido pelo direito argentino ao mesmo tema, como um argumento a mais. Essa é também uma forma de harmonização jurídica própria, do processo de integração regional, cuja característica mais relevante é o campo em que se desenvolve: o doutrinário e o jurisprudencial.